

## POSTANOWIENIE

z dnia 28 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **28 sierpnia 2019 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **14 i 16 sierpnia 2019 r.**

przez wykonawców:

**A. STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (sygn. akt KIO 1589/19)**

**B. BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1595/18)**

w postępowaniu pn. *Rozbudowa kompleksu Szpitalnego wraz z wykonaniem niezbędnych zadań inwestycyjnych na rzecz Szpitala Matki Bożej Nieustającej Pomocy w Wołominie* (nr postępowania ZAM/07-B/2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Matki Bożej Nieustającej Pomocy w Wołominie**

przy udziale wykonawcy: **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1589/19 po stronie odwołującego

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w obu sprawach.**
- Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **STRABAGU sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** kwoty **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.
- Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUDIMEXU S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

**Sygn. akt: KIO 1589/19**  
**KIO 1595/19**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Matki Bożej Nieustającej Pomocy w Wołominie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Rozbudowa kompleksu Szpitalnego wraz z wykonaniem niezbędnych zadań inwestycyjnych na rzecz Szpitala Matki Bożej Nieustającej Pomocy w Wołominie* (nr postępowania ZAM/07-B/2019). Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 sierpnia 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S\_150 pod poz. 368540. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

14 sierpnia 2019 r. Odwołujący STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 w zw. z art. 647 Kodeksu cywilnego {dalej również: „kc”} – przez przyznanie Zamawiającemu w § 12 ust. 10, 11, 15 wzoru umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego do czasu usunięcia wad w każdym wypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny, a zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 w zw. z art. 577 § 4 kc – przez ustalenie w § 14 ust. 2 i 7 wzoru umowy, że okres gwarancji jakości rozpoczyna swój bieg po dokonaniu bezusterkowego odbioru końcowego (od daty potwierdzenia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy).
3. Art. 7, art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 – przez wadliwe sformułowanie w pkt 22.1 i 22.3 SIWZ kryterium oceny oferty pn. „Doświadczenie Kierownika Budowy (D)”, polegające na: a) przyznaniu nieproporcjonalnie dużego znaczenia temu kryterium (20%) tak jakby kierownik budowy i jego doświadczenie były jedynymi i decydującymi czynnikami mającym wpływ na jakość wykonania przedmiotu zamówienia, choć wpływ na jakość mają również pozostały kluczowy personel wykonawcy tj. kierownicy robót branżowych –

kierownik robót sanitarnych, kierownik robót elektrycznych, kierownik robót telekomunikacyjnych. Kierownik budowy w świetle art. 24 ust. 2 oraz art. 42 ust. 1, 2 i 4 Prawa budowlanego nie jest przełożonym kierowników robót, a każdy kierownik robót dysponuje analogicznymi kompetencjami jak kierownik budowy;

b) określeniu nadmiernej liczby poprzednich zadań, w których brał udział kierownik budowy, dla uzyskania maksymalnej liczby punktów. Zgodnie z pkt 22.3 SIWZ wykonawca musi dysponować kierownikiem budowy, który pełnił tę funkcję przy budowie 8 obiektów, przy czym jedna budowa wymagana jest dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z pkt 9.2.3. lit a) SIWZ, a co najmniej 7 szpitali dla uzyskania maksymalnej liczby punktów za doświadczenie kierownika. W ocenie Wykonawcy konieczność legitymowania się doświadczeniem w realizacji 7 obiektów szpitalnych w charakterze kierownika budowy dla uzyskania maksymalnej liczby punktów jest warunkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym dla osiągnięcia zamierzonego celu, czyli przyznania dodatkowych punktów związanych z zapewnieniem jakości wykonania zamówienia. Zdaniem Wykonawcy wystarczającym i proporcjonalnym wymogiem byłoby przyznanie maksymalnej liczby punktów za legitymowanie się doświadczeniem w budowie 3-4 szpitali (1 szpital w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, 2-3 szpitale jako dodatkowe kryterium punktowe z art. 91 ust. 2 pkt 5 pzp);

c) uznaniu, że jedynie doświadczenie kierownika budowy ma znaczący wpływ na jakość wykonania przedmiotu zamówienia, choć ma na nią również wpływ organizacja wykonawcy.

4. Art. 14 i art. 139 ust 2 w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc ze względu na: (i) zastrzeżenie w § 17 ust. 1 pkt 7, 8, 9, 10 wzoru umowy (część II SIWZ) rażąco wygórowanych kar umownych związanych z uchybieniami dotyczącymi zgłaszania podwykonawców; (ii) zastrzeżenie w § 17 ust. 1 pkt 11 wzoru umowy kary umownej za każdy przypadek naruszenia jakichkolwiek postanowień umowy, gdyż kara nie została zastrzeżona w sposób dostatecznie precyzyjny, choć sprzeczne z art. 483 kc jest zastrzeżenie kary na wypadek zaistnienia nieokreślonej i niesprecyzowanej formy niewykonania czy nienależytego wykonania zobowiązania umowy przez wykonawcę.
5. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 1 – przez nieprawidłowy (niepełny) opis przedmiotu zamówienia z uwagi na to, że pomimo zamieszczenia w SIWZ w pkt 4.2 wykazu dokumentacji projektowej dotyczącej przedmiotu zamówienia, Zamawiający na swojej stronie internetowej nie umieścił całości dokumentów wymienionych w spisie – brakuje

następujących dokumentów stanowiących element dokumentacji projektowej: (i) projektu budowlanego architektury, (ii) projektów budowlanych konstrukcji, branży sanitarnej, elektrycznej w zakresie części opisowej projektów, (iii) projektu wykonawczego architektury, (iv) opinii geotechnicznej oraz dokumentacji badań podłoża gruntowego dotyczących projektowanych budynków na terenie Szpitala przy ul. Gdyńskiej w Wołominie, (v) projektu zagospodarowania terenu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Zmiany § 12 ust. 10 wzoru umowy, polegającej na opisaniu zakończenia wykonania przedmiotu umowy jako wykonania tego przedmiotu bez wad istotnych. Jednocześnie w przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający powinien być zobowiązany do dokonania odbioru końcowego (*§12 ust. 10 Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady istotne nadające się do usunięcia, Zamawiający wstrzyma odbiór i wyznaczy termin ich usunięcia. Po usunięciu przez Wykonawcę wad i usterek, czynności odbioru końcowego zostaną zakończone podpisaniem protokołu odbioru końcowego. W przypadku gdy w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady nieistotne nadające się do usunięcia, Zamawiający dokona odbioru końcowego oraz wyznaczy termin ich usunięcia*).
2. Zmiany § 12 ust. 11 wzoru umowy, polegającej na nakazaniu Zamawiającemu dokonania odbioru w przypadku gdy nie występują wady istotne (*§12 ust. 11 Jeżeli stwierdzone przy odbiorze wady nieistotne, nie nadają się do usunięcia, ale umożliwiają użytkowanie przedmiotu zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiający dokona odbioru, obniżając wynagrodzenie Wykonawcy odpowiednio do utraconej wartości użytkowej i technicznej przedmiotu umowy*).
3. Zmiany § 12 ust. 15 wzoru umowy, polegającej na ograniczeniu możliwości przerwania czynności odbioru i ponownego odbioru do przypadku wystąpienia wad istotnych (*§12 ust. 15 W przypadku wystąpienia wad istotnych, to jest w przypadku, o którym mowa w ust. 10 i 12 czynności odbioru zostają przerwane. Nadzór inwestorski dokonuje wpisu do dziennika budowy wskazując przyczynę przerwania czynności odbioru oraz wyznaczając Wykonawcy termin i sposób wykonania robót, prób i sprawdzeń lub usunięcia wad. Po zrealizowaniu przez Wykonawcę w/w zleconych czynności, Wykonawca powtarza czynności określone w niniejszym paragrafie dotyczące zgłoszenia robót podlegających odbiorowi. Jeżeli Wykonawca nie usunie wad w terminie lub w sposób ustalony w protokole, Zamawiający, po uprzednim powiadomieniu Wykonawcy, jest uprawniony do zlecenia usunięcia wad podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy*).

4. Zmiany w § 14 ust. 2 wzoru umowy, polegającej na wskazaniu, że okres gwarancji jakości rozpoczyna swój bieg z chwilą dokonania odbioru końcowego, nawet jeżeli wystąpiły wady nieistotne. Zmiana jest pochodną zmian wskazanych w pkt 11.1 - skoro zamawiający będzie zobowiązany do dokonania odbioru końcowego pomimo występowania wad nieistotnych to po dokonaniu odbiorze przedmiot umowy zostanie wydany zamawiającemu, który rozpocznie korzystanie z niego. W takiej sytuacji powinien rozpocząć się bieg okresu gwarancji jakości. W związku z tym, że w § 14 ust. 7 wzoru umowy okres rękojmi jest zrównany z okresem gwarancji to po zmianie § 14 ust. 2 wzoru umowy nie będzie zachodziła konieczność zmiany § 14 ust. 7 wzoru umowy (*§ 14 ust. 2 Bieg terminu gwarancji rozpoczyna się w dniu następnym licząc od daty odbioru końcowego przedmiotu umowy*).
5. Zmiany w pkt 22.1 i 22.3 SIWZ, polegającej na ograniczeniu liczby budów, za które przyznawane są punkty w kryterium oceny pn. „Doświadczenie Kierownika Budowy” (D), do 2, ewentualnie zmniejszeniu liczby punktów przyznawanych za doświadczenie kierownika budowy przy jednoczesnym przyznaniu punktów za doświadczenie kierowników robót (*22.3 Zrealizowane zadania polegające na pełnieniu funkcji Kierownika budowy, przez okres co najmniej 6 miesięcy, na zadaniu inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę i/lub przebudowę i/lub rozbudowę budynku/budynków należących wg klasyfikacji PKOB do klasy 1264 tj. budynków szpitali i zakładów opieki medycznej o wartości robót co najmniej 20.000.000 PLN brutto. 1 zadanie – 10 punktów, 2 zadania – 20 punktów*).
6. Zmiany § 17 ust. 1 pkt 7), 8), 9) i 10) wzoru umowy, polegająca na zmniejszeniu kar umownych i zmiany sposobu ustalenia ich wysokości – zamiast kary liczonej jako procent wynagrodzenia Wykonawcy kara powinna być określona kwotowo w wysokości stanowiącej czynnik stymulujący do wykonawcę do wypełnienia obowiązku zgłaszania podwykonawców [ 7) *za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany oraz za zawarcie każdej umowy o podwykonawstwo bez uprzedniej akceptacji jej postanowień przez Zamawiającego w wysokości 5.000 zł, 8) za nieprzedłożenie potwierdzonego za zgodność z oryginałem, przez przedkładającego, kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 5.000 zł, 9) za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w wysokości 5.000 zł, 10) za realizację umowy przy udziale nieujawnionych podwykonawców w wysokości 10.000 zł za każdy przypadek*].
7. Zmiany § 17 ust. 1 pkt 11) wzoru umowy, polegającej na wykreślenie tej kary.

8. Udostępnienia przez Zamawiającego brakujących elementów dokumentacji projektowej, o których mowa powyżej.

Ponadto w uzasadnieniu odwołania sprecyzowano powyższe zarzuty przez podanie dodatkowych okoliczności faktycznych i prawnych, które według Odwołującego uzasadniają wniesienie odwołania.

16 sierpnia 2019 r. również Odwołujący BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez ustalenie kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie Kierownika Budowy” w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 42 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, co przejawia się w zaniechaniu udostępnienia kompletnej dokumentacji projektowej dotyczącej postępowania w terminie wynikającym z art. 42 ust. 1 pzp.
3. Art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5 kc i 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 577 § 4 kc w zw. z art. 7 ust. 1 – przez przyznanie Zamawiającemu w ramach wzoru umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego do czasu usunięcia wad w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeśli wady mają charakter nieistotny, a w konsekwencji również ustalenie biegu terminu gwarancji jakości od dnia bezusterkowego odbioru robót, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.
4. Art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5 kc i art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 483 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach wzoru Umowy rażąco wygórowanych kar umownych, jak również zastrzeżenie kar umownych bez precyzyjnego określenia podstaw jej naliczania [dotyczy § 17 ust. 1 pkt 7)-11) wzoru

umowy].

5. Art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5 kc i 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 7 ust. 1 – przez wprowadzenie przez Zamawiającego do wzoru umowy postanowień nieproporcjonalnych, niejednoznacznych i niezgodnych z prawem, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a przejawiających się w przyznaniu Zamawiającemu w ramach § 8 ust. 10 wzoru umowy jednostronnego prawa do wstrzymania wypłaty wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji wystąpienia niezdefiniowanych nieprawidłowości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Zmiany brzmienia pkt 22.3. SIWZ na następujące: *W kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” (D) Zamawiający przyzna punkty za posiadanie dodatkowego doświadczenia zawodowego przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji: Eksperta 1 – Kierownika Budowy ponad wymagane na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 9.2.3.2)a) niniejszej SIWZ.*

*W tym kryterium można uzyskać maksymalnie 20 pkt.*

*Zamawiający w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” będzie przyznawał punkty w następujący sposób:*

*- za każde zrealizowane zadanie polegające na pełnieniu funkcji Kierownika budowy przez okres co najmniej 6 miesięcy, na zadaniu inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę i/iub przebudowę i/iub rozbudowę budynku/budynków należących wg. klasyfikacji PKOB do klasy 1264 tj. budynków szpitali i zakładów opieki medycznej o wartości co najmniej 20.000.000 PLN brutto Wykonawca otrzyma 2 pkt.*

*- za każde zrealizowane zadanie polegające na pełnieniu funkcji Kierownika budowy przez okres co najmniej 12 miesięcy, na zadaniu inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę i/iub przebudowę i/iub rozbudowę budynku/budynków należących wg. klasyfikacji PKOB do klasy 1264 tj. budynków szpitali i zakładów opieki medycznej o wartości co najmniej 20.000.000 PLN brutto Wykonawca otrzyma 5 pkt.*

*- za każde zrealizowane zadanie polegające na pełnieniu funkcji Kierownika budowy przez okres co najmniej 18 miesięcy, na zadaniu inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę i/iub przebudowę i/iub rozbudowę budynku/budynków należących wg. klasyfikacji PKOB do klasy 1264 tj. budynków szpitali i zakładów opieki medycznej o wartości co najmniej 20.000.000 PLN brutto Wykonawca otrzyma 10 pkt.*

*Ocena w ramach tego kryterium odbywać się będzie w oparciu o informacje dotyczące dodatkowego doświadczenia Kierownika Budowy wskazane w pkt D. Formularza Oferty. Każde wskazane przez Wykonawcę zadanie będzie punktowane jednokrotnie.*

2. Uzupełnienia brakujących załączników dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, tj.:
  - Opinii geotechnicznej oraz dokumentacji badań podłoża gruntowego dotyczącej projektowanych budynków na terenie Szpitala przy ul. Gdyńskiej w Wołominie (pkt 4.2. ppkt 1) SIWZ);
  - Projektu Zagospodarowania terenu TOM I (pkt 4.2 ppkt 2) SIWZ);
  - Projektu budowlanego TOM II Opis techniczny do projektu architektoniczno-budowlanego (architektura, technologia, konstrukcja, instalacje: wod-kan, grzewcze, chłodnicze, wentylacja i klimatyzacja, instalacje elektryczne i teletechniczne, instalacje gazów medycznych) [pkt 4.2 ppkt 3) SIWZ];
  - Projektu wykonawczego – Architektura (pkt 4.2 ppkt 4) SIWZ);
  - Projektu wykonawczego – Wymiennikownia (pkt 4.2. ppkt 14) SIWZ)
  - a w konsekwencji przedłużenia terminu składania ofert o okres niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, tj. co najmniej o 21 dni.
3. Zmiany §12 ust. 10, 11, 12 i 15 umowy, polegającej na ich dostosowaniu do art. 647 kc dzięki nadaniu im następującego brzmienia:

*10. Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady nieistotne (usterki, niezgodności) Zamawiający dokona odbioru końcowego oraz zostanie sporządzony protokół zawierający listę usterek lub niezgodności, w którym zostaną wskazane usterki lub niezgodności do usunięcia w terminie uzgodnionym przez Strony.*

*11. Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady istotne (tj. czyniące roboty niezdatnymi do zwykłego użytku), Zamawiający wstrzyma odbiór i wyznaczy termin ich usunięcia. Po usunięciu przez Wykonawcę wskazanych wad istotnych, czynności odbioru zostaną zakończone podpisaniem protokołu odbioru końcowego.*

*12. Jeżeli podczas odbioru zostaną stwierdzone wady nie nadające się do usunięcia (wady nieusuwalne), Zamawiający: - dokona odbioru przedmiotu umowy jeżeli wady umożliwiają jego użytkowanie i odpowiednio do utraconej wartości użytkowej technicznej przedmiotu umowy obniży wynagrodzenie, - może żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi lub odstąpić od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem.*

*15. W przypadkach, o których mowa w ust. 11 -12 czynności odbioru zostają przerwane. Nadzór inwestorski dokonuje wpisu do dziennika budowy wskazując przyczynę przerwania czynności odbioru oraz wyznaczając Wykonawcy termin i sposób wykonania robót, prób i sprawdzeń lub usunięcia wad. Po zrealizowaniu przez Wykonawcę w/w zleconych czynności, Wykonawca powtarza czynności określone w niniejszym paragrafie dotyczące zgłoszenia robót podlegających odbiorowi. Jeżeli Wykonawca nie*

*usunie wad w terminie lub w sposób ustalony w protokole, Zamawiający, po uprzednim powiadomieniu Wykonawcy, jest uprawniony do zlecenia usunięcia wad podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy.*

4. Zmiany §14 ust. 2 umowy, polegającej na nadaniu mu następującego brzmienia: *Bieg terminu gwarancji rozpoczyna się w dniu następnym licząc od daty odbioru końcowego.*
5. Wykreślenia z katalogu kar postanowienia § 17 ust. 1 pkt 11) wzoru umowy.
6. Zmiany katalogu kar wskazanych w § 17 ust. 1 pkt 7)-10) wzory umowy, polegającej na zmniejszeniu ich wysokości do poziomów rynkowych, tj. nadanie im przykładowo następującego brzmienia:
  - 7) *za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany oraz za zawarcie każdej umowy o podwykonawstwo bez uprzedniej akceptacji jej postanowień przez Zamawiającego w wysokości 1000 zł za każdy stwierdzony przypadek;*
  - 8) *za nieprzedłożenie potwierdzonego za zgodność z oryginałem; przez przedkładającego, kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 1000 zł za każdy stwierdzony przypadek;*
  - 9) *za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w wysokości 1000 zł za każdy stwierdzony przypadek;* 10) *za realizację umowy przy udziale nieujawnionych podwykonawców w wysokości 5000 zł za każdy stwierdzony przypadek.*
7. Usunięcia § 8 ust. 10 wzoru umowy.

W uzasadnieniu sprecyzowano powyższe zarzuty przez podanie okoliczności faktycznych i prawnych, które według Odwołującego uzasadniają wniesienie odwołania.

26 sierpnia 2019 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołania, w której Zamawiający oświadczył, że wnosi o ich oddalenie w zakresie zarzutów (żądań) przez niego nieuwzględnionych.

Jednocześnie z uzasadnienia pisma wynika, że Zamawiający następująco odniósł się do poszczególnych zarzutów i żądań:

Ad I.1.

Zamawiający uwzględnia zarzut w całości i wprowadza modyfikację zapisów § 12 ust. 10, 11, 15 wzoru umowy nadając im brzmienie:

*§12 ust. 10 Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady istotne nadające się do usunięcia, Zamawiający wstrzyma odbiór i wyznaczy termin ich usunięcia. Po usunięciu przez Wykonawcę wad i usterek, czynności odbioru końcowego zostaną zakończone podpisaniem protokołu końcowego. W przypadku gdy w toku czynności odbioru*

*końcowego zostaną stwierdzone wady nieistotne nadające się do usunięcia, Zamawiający dokona odbioru końcowego oraz wyznaczy termin ich usunięcia.*

*§ 12 ust. 11 Jeżeli stwierdzone przy odbiorze wady nieistotne, nie nadają się do usunięcia, ale umożliwiają użytkowanie przedmiotu zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiający dokona odbioru, obniżając wynagrodzenie Wykonawcy odpowiednio do utraconej wartości użytkowej i technicznej przedmiotu umowy.*

*§ 12 ust. 15 W przypadku wystąpienia wad istotnych, to jest w przypadku, o którym mowa w ust. 10 i 12 czynności odbioru zostają przerwane. Nadzór inwestorski dokonuje wpisu do dziennika budowy wskazując przyczynę przerwania czynności odbioru oraz wyznaczając Wykonawcy termin i sposób wykonania robót, prób i sprawdzeń lub usunięcia wad. Po zrealizowaniu przez Wykonawcę w/w zleconych czynności, Wykonawca powtarza czynności określone w niniejszym paragrafie dotyczące zgłoszenia robót podlegających odbiorowi. Jeżeli Wykonawca nie usunie wad w terminie lub w sposób ustalony w protokole, Zamawiający, po uprzednim powiadomieniu Wykonawcy, jest uprawniony do zlecenia usunięcia wad podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy.*

Ad I.2.

Zamawiający uwzględni zarzut i wprowadza modyfikację zapisów §14 ust. 2 wzoru umowy nadając mu brzmienie: *Bieg terminu gwarancji rozpoczyna się w dniu następnym licząc od daty odbioru końcowego przedmiotu umowy.*

Ad I.3.

Zamawiający przyznaje, że w pkt 22.1 i 22.3 SIWZ kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy” zostało sformułowane wadliwie przez przyznanie nieproporcjonalnie dużego znaczenia kryterium doświadczenia kierownika budowy oraz przez wskazanie nadmiernej liczby poprzednich zadań, w których brał udział kierownik budowy, dla uzyskania maksymalnej ilości punktów.

W związku z powyższym, a także biorąc pod uwagę treść zarzutów Odwołującego w tym zakresie, Zamawiający postanowił zmodyfikować kryteria oceny ofert i zamiast kryterium „Doświadczenia Kierownika Budowy” wprowadzić kryterium pn. „Doświadczenie Kluczowego Zespołu”, w którym ocenie będzie podlegało doświadczenie nie tylko kierownika budowy, ale również kierownika robót sanitarnych i kierownika robót elektrycznych.

Ponadto Zamawiający, biorąc pod uwagę fakt, że dłuższa obecność kierownika budowy przy danej inwestycji gwarantuje większą rękojmię należytego wykonania inwestycji postanowił również wydłużyć wymagany okres pełnienia obowiązków kierownika budowy danej inwestycji.

Wobec powyższego Zamawiający wprowadza zmianę zapisów pkt 22.1. i 22.3. SIWZ

(Część I SIWZ — Instrukcja dla Wykonawców), nadając im brzmienie:

22.1 Oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria i ich wagi:

Kryterium	Waga kryterium ( 0/0)
Cena (C)	60%
Doświadczenie Kluczowego Zespołu (D)	20%
Okres gwarancji na wykonane roboty (G)	20%

22.3 Zasady oceny kryterium „Doświadczenie Kluczowego Zespołu” (D)

W kryterium „DOŚWIADCZENIE KLUCZOWEGO ZESPOŁU” (D) Zamawiający oceniał będzie dodatkowe doświadczenie zawodowe osób wskazanych do pełnienia funkcji: Eksperta nr 1 — Kierownika budowy, Eksperta nr 2 — Kierownika robót sanitarnych i Eksperta nr 3 — Kierownika robót elektrycznych (ponad wymagane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 9.2.3.2)a); 9.2.3.2)b); 9.2.3.2)c) SIWZ). Zamawiający w tym kryterium będzie przyznawał punkty w sposób następujący:

a) osoba wskazana na stanowisko Eksperta nr 1 – Kierownik budowy:

- za pełnienie funkcji kierownika budowy przez okres co najmniej 12 miesięcy na zadaniu inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę i/lub przebudowę i/lub rozbudowę budynku/budynków należących wg klasyfikacji PKOB do klasy 1264, tj. budynków szpitali i zakładów opieki medycznej o wartości robót co najmniej 20.000.000 PLN brutto każde – 3 pkt za każde wskazane zadanie inwestycyjne.

Punktowane w ten sposób będą nie więcej niż 3 realizacje, a odpowiadająca im łączna liczba punktów do uzyskania wynosi maksymalnie 9;

b) osoba wskazana na stanowisko Eksperta nr 2 – Kierownika robót sanitarnych:

- za pełnienie funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych na zadaniu inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę i/lub przebudowę i/lub rozbudowę budynku/budynków należących wg klasyfikacji PKOB do klasy 1264, tj. budynków szpitali i zakładów opieki medycznej o wartości robót co najmniej 20.000.000 PLN brutto każde – 3 pkt za każde wskazane zadanie inwestycyjne.

Punktowane w ten sposób będą nie więcej niż 3 realizacje, a odpowiadająca im łączna liczba punktów do uzyskania wynosi maksymalnie 9;

c) osoba wskazana na stanowisko Eksperta nr 3 – kierownika robót elektrycznych:

- za pełnienie funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych na zadaniu inwestycyjnym obejmującym

zakresem budowę i/lub przebudowę i/lub rozbudowę budynku/budynków należących wg klasyfikacji PKOB do klasy 1264, tj. budynków szpitali i zakładów opieki medycznej o wartości robót co najmniej 20.000.000 PLN brutto każde — 3 pkt za każde wskazane zadanie inwestycyjne.

Punktowane w ten sposób będą nie więcej niż 3 realizacje, a odpowiadająca im łączna liczba punktów do uzyskania wynosi maksymalnie 9;

Ocena w ramach tego kryterium odbywać się będzie w oparciu o informacje dotyczące dodatkowego doświadczenia Eksperta nr 1, Eksperta nr 2 i Eksperta nr 3 wskazane w pkt. D. Formularza Oferty.

Ostateczna ocena ofert w kryterium „DOŚWIADCZENIE KLUCZOWEGO ZESPOŁU” zostanie dokonana wg wzoru:  $D \text{ DB/DN} \times 20 \text{ pkt}$

D – ilość punktów uzyskanych przez badaną ofertę w kryterium „Doświadczenie Kluczowego Zespołu”;

DB – suma (łączna ilość) małych punktów uzyskanych przez badaną ofertę,

DN – największa suma (łączna ilość) małych punktów uzyskanych spośród badanych ofert.

Maksymalna przyznana liczba punktów w tym kryterium nie przekroczy 20.

Zamawiający wskazuje, że przy przyznawaniu punktów w tym kryterium nie będą brane pod uwagę zadania, które zostały wskazane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału osób skierowanych przez Zamawiającego do realizacji zamówienia: Eksperta nr 1, Eksperta nr 2, Eksperta nr 3.

UWAGA:

W sytuacji:

- nie wskazania w pkt D. Formularza Oferty żadnego zadania spełniającego wymagania,
- nie wskazania imienia i nazwiska osoby,

Oferta Wykonawcy w ramach tego kryterium oceny ofert otrzyma 0 pkt.

Jednocześnie Zamawiający wprowadza zmianę w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie pkt. 9.2.3.2) b) i 9.2.3.2) c) Części I SIWZ — Instrukcja dla Wykonawców, nadając im brzmienie:

b) Ekspert nr 2 – Kierownik robót sanitarnych posiadający:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń;
- min 3-letnie doświadczenie zawodowe (po uzyskaniu uprawnień budowlanych) w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami w zakresie branży sanitarnej;

- musi posiadać w swoim doświadczeniu zawodowym co najmniej jedno zadanie polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych na zadaniu inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę i/lub przebudowę i/lub rozbudowę budynku/budynków o wartości robót co najmniej 20.000.000 PLN brutto.

c) Ekspert nr 3 – Kierownik robót elektrycznych posiadający:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń;

- min 3-letnie doświadczenie zawodowe (po uzyskaniu uprawnień budowlanych) w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami w zakresie branży elektrycznej;

- musi posiadać w swoim doświadczeniu zawodowym co najmniej jedno zadanie polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych na zadaniu Inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę i/lub przebudowę i/lub rozbudowę budynku/budynków o wartości robót co najmniej 20.000.000 PLN brutto.

Ad I.4

Zamawiający uwzględni zarzut w całości i wprowadza modyfikację zapisów § 17 ust. 1 pkt 7), 8), 9) i 10) wzoru umowy nadając im brzmienie:

7) za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany oraz za zawarcie każdej umowy o podwykonawstwo bez uprzedniej akceptacji jej postanowień przez Zamawiającego w wysokości 5.000 zł,

8) za nieprzedłożenie potwierdzonego za zgodność z oryginałem, przez przedkładającego, kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 5.000 zł,

9) za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w wysokości 5.000 zł,

10) za realizację umowy przy udziale nieujawnionych podwykonawców w wysokości 10.000 zł za każdy przypadek.

Zamawiający uwzględni zarzut i wykreśla zapis § 17 ust. 1 pkt 11) wzoru umowy.

Ad.I.5

Zamawiający uwzględni zarzut w całości.

Zamawiający 14.08.2019 r. (przed wniesieniem odwołania), działając na podstawie art. 38 ust. 2 pzp, udzielając odpowiedzi na wniosek jednego z potencjalnych wykonawców udostępnił na stronie internetowej brakujące elementy dokumentacji projektowej. Udostępnione elementy dokumentacji projektowej są zgodne z opracowaniami wskazanymi

przez Odwołującego w zarzucie nr I.5.

Ponadto Zamawiający informuje, że w związku z faktem uzupełnienia dokumentacji projektowej wydłużył termin na składanie ofert do 25.09.2019, aby umożliwić wykonawcom dokładne zapoznanie się z udostępnionymi opracowaniami, r., a więc termin składania ofert wynosił 41 dni od dnia uzupełnienia dokumentacji projektowej przez Zamawiającego.

Ad II.1.

Zamawiający przyznaje, że sw pkt 22.1. i 22.3. SIWZ kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie Kierownika Budowy” zostało sformułowane wadliwie przez przyznanie nieproporcjonalnie dużego znaczenia kryterium doświadczenia kierownika budowy oraz poprzez wskazanie nadmiernej ilości poprzednich zadań, w których brał udział kierownik budowy, dla uzyskania maksymalnej ilości punktów.

W związku z powyższym, a także biorąc pod uwagę treść zarzutów Odwołującego w tym zakresie, Zamawiający postanowił zmodyfikować kryteria oceny ofert i zamiast kryterium pn. „Doświadczenie Kierownika Budowy” wprowadzić kryterium pn. „Doświadczenie Kluczowego Zespołu” w którym ocenie będzie podlegało doświadczenie nie tylko Kierownika budowy, ale również kierownika robót sanitarnych i kierownika robót elektrycznych.

Ponadto Zamawiający, biorąc pod uwagę fakt, że niewątpliwie dłuższa obecność Kierownika budowy na danej inwestycji gwarantuje większą rękojmię należytego wykonania inwestycji, postanowił również wydłużyć wymagany okres pełnienia obowiązków kierownika budowy przy danej inwestycji.

Wobec powyższego Zamawiający wprowadza modyfikację zapisów pkt 22.1. i 22.3. SIWZ (Część I SIWZ — Instrukcja dla Wykonawców) nadając im brzmienie opisane powyżej (Ad I.3.)

Jednocześnie Zamawiający wprowadza zmianę w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie pkt. 9.2.3.2) b) i 9.2.3.2) c) Części I SIWZ – Instrukcji dla Wykonawców, nadając im brzmienie opisane powyżej (Ad I.3.).

Ad II.2.

Zamawiający uwzględni zarzut w całości.

Zamawiający 14.08.2019 r. (przed wniesieniem odwołania), działając na podstawie art. 38 ust. 2 pzp, udzielając odpowiedzi na wniosek jednego z potencjalnych wykonawców udostępnił na stronie internetowej brakujące elementy dokumentacji projektowej.

Zamawiający udostępnił następujące opracowania:

- opinię geotechniczną oraz dokumentację badań podłoża gruntowego dotyczącej projektowanych budynków na terenie Szpitala przy ul. Gdyńskiej w Wołominie (pkt.4.2 ppkt

1) SIWZ);

- Projekt zagospodarowania terenu TOM I (pkt.4.2 ppkt 2) SIWZ);

- Projekt budowlany TOM II Opis techniczny do projektu architektoniczno-budowlanego (architektura, technologia, konstrukcja, instalacje: wod-kan, grzewcze, chłodnicze, wentylacja i klimatyzacja, instalacje elektryczne i teletechniczne, instalacje gazów medycznych) [pkt 4.2 ppkt 3) SIWZ]; Projektu wykonawczego – Architektura (pkt.4.2 ppkt 4) SIWZ);

- Projekt wykonawczy – Wymiennikownia (pkt.4.2 ppkt 14) SIWZ, o którego udostępnienie wnioskuje Odwołujący został udostępniony na stronie internetowej Zamawiającego 06.08.2019 r. (w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu i udostępnienia na stronie internetowej SIWZ). Projekt wykonawczy – Wymiennikownia znajduje się w części III SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w folderze „PDF WODKAN PW”.

Ponadto Zamawiający informuje, że w związku z faktem uzupełnienia dokumentacji projektowej wydłużył termin na składanie ofert do 25.09.2019, aby umożliwić wykonawcom dokładne zapoznanie się z udostępnionymi opracowaniami, r., a więc termin składania ofert wynosił 41 dni od dnia uzupełnienia dokumentacji projektowej przez Zamawiającego.

Ad II.3.

Zamawiający informuje, że uwzględniając zarzut wprowadził modyfikację zapisów § 12 ust. 10, 11, 15 oraz § 14 ust.2 wzoru umowy, nadając im brzmienie podane powyżej (Ad I.1.).

Ad II.4.

Zamawiający uwzględnia zarzuty i:

- wykreśla z katalogu kar postanowienie § 17 ust. 1 pkt 11) wzoru umowy;

- modyfikuje katalog kar wskazanych w § 17 ust. 1 pkt 7)-10) wzoru umowy, zmniejszając ich wysokości do poziomów rynkowych;

- wprowadza modyfikację zapisów §17 ust. 1 pkt 7), 8), 9) i 10) wzoru umowy nadając im brzmienie podane powyżej (Ad I.4.).

Ad II.5.

Zamawiający uwzględnia zarzut i usuwa § 8 ust.10 wzoru umowy.

W związku z opisanymi wyżej zmianami treści SIWZ Zamawiający, działając na podstawie art.12a ustawy pzp, przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do uwzględnienia zmian w przygotowaniu ofert przez Wykonawców, tj. do 09.10.2019 r. godz. 09:00.

W pismach z 27 sierpnia 2019 r. Odwołujący wnieśli o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 pzp z uwagi na uwzględnienie przez

Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniach i dokonanie zmian SIWZ zgodnie ze zgłoszonymi tam żądaniami. Jednocześnie alternatywnie Odwołujący oświadczyli, że wycofują zarzuty, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego i wnoszą o umorzenie postępowania odwoławczego.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i cofnięcia pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W ocenie Izby w tych sprawach zaistniała sytuacja odpowiadająca hipotezie przywołanego przepisu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu pisma. Natomiast Odwołujący wycofali *de facto* odwołania w pozostałym zakresie. Z tego względu Izba uznała, że nie ma potrzeby badania, czy wbrew oświadczeniu zawartemu w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w całości uznał zarzuty obu odwołań, jak alternatywnie wnosili Odwołujący,

Wobec powyższego, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron tego postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie zarzutów odwołań i wycofanie odwołań w nieuwzględnionym zakresie

**Sygn. akt: KIO 1589/19**  
**KIO 1595/19**

nastąpiły przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołujących zwrotu kwot uiszczonych tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....